


recherchiert von: **Nutzer4 LRAZ** am 01.03.2013

<b>Gericht:</b>	VG München 18. Kammer	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	03.12.2012	<b>Normen:</b>	§ 123 VwGO, § 40 Abs 1a LFGB
<b>Aktenzeichen:</b>	M 18 E 12.5736		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

### Sonstiger Orientierungssatz

Einstweilige Anordnung; Veröffentlichung des Verdachts von Gesetzesverstößen im Lebensmittelbereich

### Tenor

I. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, die im Rahmen der amtlichen Kontrolle vom ... Oktober 2012 festgestellten Mängel im Betrieb der Antragstellerin zu veröffentlichen.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf EUR 2.500,-- festgesetzt.

### Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin betreibt eine Gaststätte im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin. Eine entsprechende gaststättenrechtliche Erlaubnis wurde ihr mit Bescheid vom ... Oktober 2007 erteilt.
- 2 Am ... Oktober 2012 führte ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin in der Gaststätte der Antragstellerin eine Betriebskontrolle durch. Bei dieser wurden zahlreiche lebensmittel- bzw. hygienerechtliche Mängel unterschiedlichster Art festgestellt und fotografisch festgehalten.
- 3 Am ... Oktober 2012 wandte sich der Mitarbeiter der Antragsgegnerin, der die Betriebskontrolle bei der Antragstellerin durchgeführt hatte, an die Bußgeldstelle der Antragsgegnerin und bat um eine Einschätzung der zu erwartenden Bußgeldhöhe für die in seinem Kontrollbericht festgestellten und durch Fotos dokumentierten Mängel. Diese Stelle prognostizierte am ... Oktober 2012 eine Bußgeldhöhe von mindestens EUR 350,--. Zur Begründung wurde ausgeführt, es hätten zumindest sechs schwerwiegende Mängel (Schädlingsbefall/Mäusekot) vorgelegen, daneben zumindest 29 Mängel, die als mittelgradig einzustufen seien. Desweiteren seien auch leichte Mängel festgestellt worden.
- 4 Mit Schreiben vom ... Oktober 2012 übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin den Kontrollbericht und erläuterte, dass festgestellte Gesetzesverstöße den Tatbestand von Ordnungswidrigkeiten erfüllten. Dem Geschäftsführer der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, sich zu den angeführten Tatbeständen zu äußern, und es wurde die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen ihn angekündigt.

5 Ebenfalls mit Schreiben vom ... Oktober 2012 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass aufgrund der Beanstandungen ein Bußgeld von mehr als EUR 350,- zu erwarten sei. Gemäß § 40 Abs. 1a des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs (LFGB) seien derartige Verstöße im Internet unter der landesweiten Adresse [www.lgl.bayern.de](http://www.lgl.bayern.de) zu veröffentlichen. Es sei daher beabsichtigt, dort Folgendes zu veröffentlichen:

6

Einstellende Behörde	...
Datum der Betriebskontrolle	...10.2012
Produktbezeichnung	
Beanstandung	Bauliche Mängel Mängel bei der Betriebshygiene/Reinigungsmängel Mängel bei der Schädlingsbekämpfung Mängel bei der Personalhygiene Inverkehrbringen von unter unhygienischen Zuständen/Bedingungen hergestellten/behandelten Lebensmitteln Irreführende Angaben/Täuschung
Betrieb Name, Betriebsanschrift, Inverkehrbringer, Behandler...	...
Grund der Beanstandung	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mangelhafter Zustand der Gerätschaften für die Lagerung</li> <li>- Mangelhafter Zustand der Kühlgeräte</li> <li>- Verschmutzungen von Gerätschaften im Produktionsbereich</li> <li>- Verschmutzungen von Gerätschaften im Lagerbereich</li> <li>- Schimmelbefall bei Gerätschaften im Produktionsbereich</li> <li>- Schimmelbefall bei Gerätschaften im Lagerbereich</li> <li>- unhygienische Lagerung von Lebensmitteln (hier: Backwaren, Wurstwaren, Gemüse, Feinkost, Käse)</li> <li>- Mängel bei der Personalhygiene (hier: fehlende Abtrocknungsmöglichkeit)</li> <li>- Mängel bei der Instandhaltung der Betriebsräume</li> <li>- Mängel bei der baulichen Beschaffenheit der Betriebsräume</li> <li>- Verschmutzungen im Lagerbereich</li> <li>- Verschmutzungen in der Kühlung</li> <li>- Schimmel im Produktionsbereich</li> <li>- Schimmel im Lagerbereich</li> <li>- Schimmel in der Kühlung</li> <li>- Schädlingsbefall im Produktionsbereich</li> <li>- Schädlingsbefall im Lagerbereich</li> <li>- Inverkehrbringen von Lebensmitteln (geriebener Pizza-Belag mit pflanzlichem Fett) unter irreführender Bezeichnung</li> </ul>
Höchstwertüberschreitung	[ ]
Sonstige Verstöße	[x]
Bemerkungen:	
Mängel beseitigt	[ ]

7 Die Antragsgegnerin gab der Antragstellerin bis ... November 2012 Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Veröffentlichung zu äußern.

8 Nachdem sich die Antragstellerin bis dahin nicht geäußert hatte, kündigte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom ... November 2012 an, die vorgesehene Veröffentlichung für die Dauer von sechs Monaten umzusetzen. Die Veröffentlichung erfolge erst nach Ablauf einer Wartefrist, um der Antragstellerin bis ... November 2012 die Möglichkeit zu geben, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine Veröffentlichung zu verhindern.

9 Am ... November 2012 wurde in der Gaststätte der Antragstellerin eine Nachkontrolle durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass die im Kontrollbericht aufgeführten Mängel überwiegend behoben worden seien. Die Beseitigung der verbleibenden Mängel sei für die erste Kalenderwoche

2013 angekündigt worden. Die Arbeitsaufträge und Kostenvoranschläge für die geplanten Maßnahmen seien eingesehen worden.

- 10 Mit Schriftsatz vom 19. November 2012 wandte sich der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin an das Bayerische Verwaltungsgericht München und beantragte, folgende einstweilige Anordnung zu erlassen:
  - 11 Der Antragsgegnerin wird verboten, die Mängel in der Gaststätte ... in ... zu veröffentlichen, die in der der Anlage Ast. 1 beigefügten Liste festgestellt sind.
  - 12 Gleichzeitig wurde Klage erhoben mit dem Antrag,
    - 13 die Beklagte zu verurteilen, die Veröffentlichung der in der Gaststätte ... in ... festgestellten Mängel zu unterlassen, die in der der Anlage K1 beigefügten Liste enthalten sind (M 18 K 11.5738).
  - 14 Zur Begründung wurde u. a. vorgetragen, die geplante Veröffentlichung sei rechtswidrig, weil § 40 LFGB im vorliegenden Fall keine Veröffentlichung erfordere. Wegen des Pächterwechsels bei der Gaststätte der Antragstellerin liege ein atypischer Ausnahmefall vor. Der Pachtvertrag zwischen dem Eigentümer des Objekts, in dem die Antragstellerin ihre Gaststätte betreibe, und der Pächterin habe am ... Juni 2012 geendet. Von dieser habe die Verpächterin der Antragstellerin das Objekt gepachtet. Somit habe auch das Pachtverhältnis zwischen der Antragstellerin und ihrer Verpächterin am ... Juni 2012 geendet. Lange Zeit sei nicht klar gewesen, wer auf Seiten des Eigentümers des Objekts für Verhandlungen über die Fortsetzung des Pachtverhältnisses zuständig sei. Daher sei lange Zeit nicht klar gewesen, wie es mit der Gaststätte der Antragstellerin weitergehen solle. Ihr sei keinerlei Rechts- und Planungssicherheit gewährt worden. Niemand habe sich mehr für sie verantwortlich gefühlt. Als Gaststättenpächterin ohne Planungssicherheit sei es der Antragstellerin nicht zumutbar gewesen, Investitionen in die Substanz des Gebäudes zu tätigen. Auch ihre Verpächterin habe dies abgelehnt. Aufgrund der über einen längeren Zeitraum hin völlig verworrenen Situation sei erklärlich, dass sich in dem Betrieb Mängel eingeschlichen hätten. Insbesondere auf die bauliche Situation habe die Antragstellerin keinerlei Einfluss gehabt. Nach Zustandekommen eines neuen Pachtvertrags seien unverzüglich Maßnahmen zur Beseitigung der Missstände eingeleitet worden. Aufgrund der inzwischen ganz überwiegenden bzw. geplanten zeitnahen Beseitigung der festgestellten Mängel bestehe kein Warn- und Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit mehr. Zudem seien bei Kontrollen in der Gaststätte der Antragstellerin in den letzten vier Jahren bis auf einen einzigen Fall, der durch außergewöhnliche Umstände beeinflusst gewesen sei, keine nennenswerten Beanstandungen festgestellt worden.
  - 15 § 40 LFGB habe zum Ziel, die Verbraucher vor Gefahren im Lebensmittelbereich zu warnen. Eine solche Warnung sei aber in diesem Fall nicht erforderlich, da aufgrund der nunmehr gegebenen Rechts- und Planungssicherheit alle Beteiligten wieder in vollem Umfang ihre Verantwortlichkeiten anerkennen und dieser auch nachkommen würden. Es sei daher nicht zu befürchten, dass weitere Missstände auftreten, und es sei gesichert, dass die festgestellten Missstände unverzüglich beseitigt werden. Insofern wäre eine Veröffentlichung völlig unverhältnismäßig, weil sie der Antragstellerin einen nicht unbeträchtlichen finanziellen Schaden zufügen würde. § 40 LFGB sei keine Strafnorm, sondern eine Norm, die den Verbraucher warnen solle. Eine solche Warnung sei aber nicht mehr erforderlich.
  - 16 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei erforderlich, um eine Existenzgefährdung des Betriebs der Antragstellerin zu vermeiden. Die Antragstellerin könne nicht darauf verwiesen werden, eine rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten, da die Antragsgegnerin eine zeitnahe Veröffentlichung der Beanstandungen beabsichtige. Durch diese würde eine Ruf- und Geschäftsschädigung zu Lasten der Antragstellerin beginnen, die ihren Geschäftsbetrieb gravierend beeinträchtigen würde. Dies gelte insbesondere deshalb, weil die Veröffentlichungsmöglichkeit gemäß § 40 LFGB erst kürzlich durch Gesetz eingeführt worden sei, so dass es sich im Fall einer Veröffentlichung um einen der ersten Fälle dieser Art in ... handeln würde, weshalb mit einem erheblichen Interesse der Öffentlichkeit, ggf. auch der Presse, zu rechnen sei. Dadurch würde eine Vervielfältigungswirkung für die belastenden Auswirkungen bei der Antragstellerin eintreten.
  - 17 Die Antragsgegnerin beantragte mit Schriftsatz vom 21. November 2012,

- 18 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.
- 19 Die anlässlich der Kontrolle gefertigten Fotos belegten eindeutig, dass im Betrieb der Antragstellerin unter unhygienischen Bedingungen hergestellte bzw. behandelte Lebensmittel in den Verkehr gebracht worden seien. Zudem bestehe entsprechend § 40 Abs. 1a LFGB der hinreichende Verdacht, dass seitens der Antragstellerin gegen Vorschriften des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs verstoßen worden sei, die dem Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen. Die festgestellten und unbestrittenen Mängel seien zum Teil als leichte und mittlere Mängel, in mehreren Fällen auch als schwere Mängel einzustufen. Mehrfach könne eine Gefahr nachteiliger Beeinflussung von Lebensmitteln direkt nachgewiesen werden. Aufgrund Anzahl und Schwere der festgestellten Beanstandungen könne seitens der Antragsgegnerin eine Bußgeldhöhe von mindestens EUR 350,- sicher prognostiziert werden.
- 20 Abgesehen davon, dass zahlreiche Beanstandungen nicht auf die bauliche Substanz des Objekts, sondern auf schwerwiegende Reinigungsdefizite zurückzuführen seien, könnten die Einwände der Rechts- und Planungsunsicherheit der Antragstellerin hinsichtlich der Informationspflicht der Öffentlichkeit nach § 40 LFGB nicht entlasten. Die Antragstellerin habe ihre Gaststätte zum Zeitpunkt der Kontrolle tatsächlich betrieben, so dass eine Verantwortlichkeit für die festgestellten Mängel zweifelsfrei vorliege. Auch ohne wirksamen Pachtvertrag bleibe die Verantwortung für den rechtskonformen Betrieb der Gaststätte bei der Antragstellerin als Gewerbetreibender und Inhaberin der Gaststättenerlaubnis.
- 21 Die festgestellten Mängel seien keine Bagatelverstöße, sondern bürten die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln. Bei Lebensmitteln, die unter derart unhygienischen Bedingungen behandelt würden, müsse grundsätzlich von einer Gesundheitsgefährdung der Gäste ausgegangen werden. Zudem habe im Zusammenhang mit der festgestellten Verwendung von „Pizzabelag mit pflanzlichem Fett“ anstatt des in der Speisekarte angegebenen geriebenen Käses eine Täuschung des Verbrauchers vorgelegen. Im Übrigen seien auch bei der Nachkontrolle am ... November auch solche Beanstandungen nicht beseitigt gewesen, die unverzüglich ohne Beteiligung der Verpächterin hätten behoben werden können.
- 22 Die Information nach § 40 Abs. 1a LFGB hänge nicht von der tatsächlichen Einleitung eines Bußgeldverfahrens oder gar einem rechtskräftigen Bußgeldbescheid ab.
- 23 Ziel des § 40 Abs. 1a LFGB sei eine Verbesserung der aktiven Information der Öffentlichkeit. Daher sei bestimmt worden, dass bestimmte herausgehobene Verstöße zwingend zu veröffentlichten seien. Die Behörden seien aufgrund der Vorschrift verpflichtet, die Öffentlichkeit über bestimmte herausgehobene Verstöße zu informieren. Diese Veröffentlichungen stellten keine Warnung vor den aufgeführten Produkten oder Betrieben dar, sondern sollten im Sinne der Markttransparenz eine aktive Information der Verbraucher gewährleisten. Bei Vorliegen der in § 40 Abs. 1a LFGB definierten Voraussetzungen müsse die Veröffentlichung erfolgen, ohne dass der zuständigen Behörde ein Ermessen zustehe.
- 24 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte und die beigezogene Behördenakte Bezug genommen.
- II.
- 25 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig.
- 26 Insbesondere ist er gemäß § 123 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft. Die Antragstellerin macht in der Hauptsache einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch geltend, der mit einer Leistungsklage, nicht mit einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt VwGO durchzusetzen ist.
- 27 Die von der Antragsgegnerin geplante Veröffentlichung ist keine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls im Sinne von Art. 35 S. 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) und damit kein (künftiger) Verwaltungsakt. Die Veröffentlichung dient lediglich der Information der Öffentlichkeit (BT-Drs. 17/7374, S. 1 u. 12; vgl. BVerwG v. 17.12.1991, 1 C 5/88), ist aber nicht auf eine unmittelbare und für den Betroffenen verbindliche Festlegung von Rechten und Pflichten oder eines Rechtsstatus gerichtet, d. h. darauf, mit dem Anspruch unmittelbarer

Verbindlichkeit und mit der Bestandskraft fähiger Wirkung unmittelbar subjektive Rechte des Betroffenen zu begründen, zu konkretisieren und zu individualisieren (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Auflage 2011, RdNr. 88 zu § 35). Durch die geplante Veröffentlichung werden keine Rechte begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt und die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung von Rechten wird auch nicht abgelehnt (vgl. BVerwG v. 29.4.1988, 9 C 54/87). Im Übrigen wäre, selbst wenn das Begehren der Antragstellerin auf ein Unterlassen eines (künftigen) Verwaltungsakts gerichtet wäre, statthafte Klageart hierfür die Leistungsklage in Form der (vorbeugenden) Unterlassungsklage (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Auflage 2011, Vorb § 40, Rn. 8a).

- 28 Die Ankündigungen der Antragsgegnerin vom ... Oktober 2012 und vom ... November 2012, die in der Gaststätte der Antragstellerin festgestellten Verstöße zu veröffentlichen, stellen ebenfalls keine Verwaltungsakte dar. Auch ihnen fehlt die Regelungswirkung in Form des Abzielens auf eine Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung von Rechten oder eine dahingehende Ablehnung. Die Ankündigungen der Antragsgegnerin sind, wie auch die Ankündigung eines Verwaltungsakts (vgl. BVerwG v. 24.1.1985, 2 C 4/83), vielmehr als sog. schlicht-hoheitliches Verhalten einzuordnen (vgl. auch VG Karlsruhe v. 7.11.2012, 2 K 2430/12). Auch ein solches kann in Rechte eingreifen, ohne dass dies automatisch zur Einordnung als Verwaltungsakt führen würde und nach Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes geboten wäre.
- 29 Damit liegt keine Anfechtungssituation vor, für die im einstweiligen Rechtsschutz der Vorrang der Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO gemäß § 123 Abs. 5 VwGO gelten würde (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Auflage 2011, RdNr. 4 zu § 123). Einschlägige Spezialregelungen für den einstweiligen Rechtsschutz sind ebenfalls nicht ersichtlich.
- 30 Der Antrag ist auch begründet.
- 31 Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die sog. Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die die Antragstellerin vorliegend begehrt, soll der Veränderung eines bestehenden Zustands vorbeugen und den Status quo bewahren. Eine einstweilige Anordnung in Form der Sicherungsanordnung darf nur ergehen, wenn das zu sichernde Recht ohne einstweilige Anordnung aufgrund einer Hauptsacheentscheidung und ihrer etwaigen Vollstreckung nicht mehr durchgesetzt werden könnte oder seine Durchsetzung im Hauptsacheverfahren zwar noch möglich, aber mit wesentlichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder ideellen Nachteilen verbunden wäre. Eine Sicherungsanordnung setzt zudem voraus, dass sowohl das streitige Recht, der sog. Anordnungsanspruch, nach den Vorschriften des materiellen Rechts als auch die dringende Notwendigkeit einer Sicherung dieses Rechts, der sog. Anordnungsgrund, bestehen, wobei die dem Anordnungsanspruch und -grund zugrunde liegenden Tatsachen vom Antragsteller glaubhaft zu machen sind (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO) (vgl. Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNrn. 45 u. 48 zu § 123). Maßgebend sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNr. 45 zu § 123 und RdNr. 45 zu § 113).
- 32 Die Antragstellerin hat Tatsachen glaubhaft gemacht, die einen Anordnungsgrund begründen. Es liegt auf der Hand, dass der Antragstellerin durch die Veröffentlichung der bei der Kontrolle am ... Oktober 2012 festgestellten Beanstandungen in der von ihr betriebenen Gaststätte erhebliche Nachteile drohen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützte Veröffentlichung von Verstößen bzw. des Verdachts von Verstößen im Lebens- und Futtermittelbereich erst seit dem ... September 2012 gilt und derzeit generell eine große Aufmerksamkeit in der Presseberichterstattung genießt. Die Erwähnung des Ergebnisses der Betriebskontrolle in der Gaststätte der Antragstellerin auf der Internetseite des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) würde einen erheblichen Ansehensverlust für den Betrieb der Antragstellerin bedeuten und könnte u. U. zu ganz erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führen. Der sich aus der geplanten Veröffentlichung ergebende Eindruck vom Betrieb der Antragstellerin könnte auch bei einem für sie erfolgreichen Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht mehr grundlegend korrigiert bzw. vollständig beseitigt werden. Ein Zuwarten bis zu einer Klärung der Rechtsfragen im Hauptsacheverfahren ist der Antragstellerin daher nicht zuzumuten; die Ent-

scheidung des Gerichts im einstweiligen Rechtsschutz ist erforderlich, um die irreversible Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.

- 33 Die Antragstellerin hat auch die einen Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen glaubhaft gemacht.
- 34 Unabhängig davon, ob der auf die Bewahrung des Status quo gerichtete öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs analog oder aus der Abwehrfunktion der Grundrechte – hier Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG – abgeleitet wird (BVerwG v. 29.4.1988, 7 C 33/87), setzt er einen rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht voraus, der bevorsteht oder noch andauert. Nach dem Ergebnis der gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage hat das Gericht erhebliche Zweifel an der Berechtigung der Antragsgegnerin zur beabsichtigten Veröffentlichung der bei der Antragstellerin festgestellten lebensmittel- und hygienerechtlichen Verstöße gemäß § 40 Abs. 1a LFGB. Die geplante Veröffentlichung stellt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen rechtswidrigen Eingriff in die Berufsfreiheit, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit der Antragstellerin dar, der unmittelbar bevorsteht und gegen den ihr ein Unterlassungsanspruch zusteht.
- 35 Nach § 40 Abs. 1a LFGB informiert die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebens- oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebens- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebens- oder Futtermittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen, im Fall von Proben nach § 39 Abs. 1 Satz 2 auf der Grundlage mindestens zweier unabhängiger Untersuchungen von Stellen nach Art. 12 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 hinreichend begründete Verdacht besteht, dass
- 36 1. in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden oder
- 37 2. gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden ist und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens dreihundertfünfzig Euro zu erwarten ist.
- 38 Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/7374, S. 20) klarstellen, dass unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen des § 40 LFGB „bestimmte herausgehobene Rechtsverstöße [...] zu veröffentlichen sind“. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Veröffentlichung – auch unabhängig von einer bestehenden Gesundheitsgefahr – bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Voraussetzungen nunmehr zwingend erfolgen, wobei die Schwelle für eine Eingriff in die Grundrechte des betroffenen Lebens- bzw. Futtermittelunternehmers im Fall von Grenzwertüberschreitungen niedriger angesetzt wurde als in den Fällen der Gesundheitsgefährdung, der Täuschung und des Verstoßes gegen Hygieneanforderungen (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20).
- 39 Dass bei der Kontrolle vom ... Oktober 2012 Verstöße gegen hygienerechtliche Anforderungen sowie ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot gegeben waren, ist zwischen den Beteiligten unstrittig und wird auch durch die Fotos dokumentiert.
- 40 Das Gericht hat jedoch erhebliche Zweifel daran, ob die beabsichtigte Veröffentlichung und – falls ja – in welchem Umfang und mit welchem Inhalt rechtmäßig auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützt werden kann.
- 41 Bedenken bestehen bereits hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem Recht. Die Information der Öffentlichkeit zum Zwecke der Transparenz für den Verbraucher (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 1 u. 2) ist in Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1 ff.) (VO (EG) Nr. 178/2002) geregelt. Demnach unternehmen, wenn ein hinreichender Verdacht besteht, dass ein Lebensmittel oder Futtermittel ein Risiko für die Gesundheit von Mensch und Tier mit sich bringen kann, die Behörden, unbeschadet der geltenden nationalen oder Ge-

meinschaftsbestimmungen über den Zugang von Dokumenten, je nach Art, Schwere und Ausmaß des Risikos geeignete Schritte, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären; dabei sind möglichst umfassend das Lebensmittel oder Futtermittel oder die Art des Lebensmittels oder Futtermittels, das möglicherweise damit verbundene Risiko und die Maßnahmen anzugeben, die getroffen wurden oder werden, um dem Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.

- 42 Es ist umstritten, ob diese Regelung des Gemeinschaftsrechts eine abschließende Regelung im Sinne einer Vollharmonisierung der Regelungen zur Information der Öffentlichkeit über Beanstandungen von Lebens- und Futtermitteln darstellt, über die nationales Recht nicht hinausgehen darf, oder ob nur Mindestvorgaben für die Information der Öffentlichkeit gemacht werden, die durch nationale Regelungen auch erweitert werden können (so VG Regensburg v. 23.10.2012, RO 5 E 12.1580 unter Verweis auf die Entscheidung des VG München v. 13.9.2012, M 22 E 12.4275, in einem presserechtlichen Verfahren).
- 43 Im ersten Fall wäre eine Information der Öffentlichkeit nur bei hinreichendem Verdacht eines Risikos für die Gesundheit von Mensch und Tier zulässig. § 40 Abs. 1a LFGB sieht jedoch eine Information der Öffentlichkeit auch unterhalb dieser Schwelle, nämlich auch beim Verdacht einer Täuschung oder eines Hygieneverstößes in nicht unerheblichem Ausmaß vor. § 40 Abs. 1a LFGB geht damit auch über die in § 40 Abs. 1 LFGB vorgesehene Information der Öffentlichkeit hinaus, die auch im Fall eines Gesundheitsrisikos im (allerdings gebundenen) Ermessen der Behörde steht.
- 44 Wenngleich nach Auffassung des Gerichts viel dafür spricht, dass die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 nur allgemeine Ziele und Grundsätze vorgibt und Spielraum für nationale Regelungen belässt, ist andererseits die Vorlage des Landgerichts München vom 5. Dezember 2011 (Az.: 15 O 9353/09) an den Europäischen Gerichtshof zu beachten. Das Landgericht München hat die Frage zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt, ob Art. 10 VO (EG) Nr. 178/2002 einer nationalen Regelung entgegensteht, durch die eine Information der Öffentlichkeit über ein Lebens- bzw. Futtermittel und das Lebens- bzw. Futtermittelunternehmen, unter dessen Namen oder Firma das Lebens- bzw. Futtermittel hergestellt, behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, ermöglicht wird, wenn die Information nicht ein gesundheitsschädliches, sondern lediglich ein zum Verzehr ungeeignetes, insbesondere ekelerregendes Lebensmittel betrifft. Zwar erfolgte das Vorabentscheidungsersuchen nicht zur streitgegenständlichen Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB, sondern zu § 40 Abs. 1 Nr. 4 LFGB, jedoch stellt sich die Problematik der Information der Öffentlichkeit ohne Vorliegen eines Gesundheitsrisikos auch hier.
- 45 Eine selbständige Vorlage an den Europäischen Gerichtshof bezüglich der Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB durch das Gericht ist im vorliegenden Verfahren nicht angezeigt. Das Abwarten einer Vorabentscheidung widerspricht dem Ziel des Verfahrens nach § 123 VwGO (Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNr. 58 zu § 123), zumal das Gericht nicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage verpflichtet ist und zudem die Möglichkeit hat, im Eilverfahren eine Entscheidung zu treffen, die seinen Bedenken Rechnung trägt.
- 46 Weiter ist vorliegend nicht hinreichend deutlich, worauf sich die Annahme der Antragsgegnerin gründet, dass die Verhängung eines Bußgelds vom mindestens EUR 350,- zu erwarten ist. Unabhängig davon, ob die Vorschrift an sich hinreichend bestimmt ist, ist aus der knappen Stellungnahme der Bußgeldstelle der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar, worauf sich deren Einschätzung gründet. Es ist z. B. unklar, ob bei der Antragsgegnerin ein Bußgeldkatalog für den Bereich des Lebensmittelrechts existiert und wie ggf. die festgestellten Verstöße in diesen einzuordnen sind. Im Bereich von Ordnungswidrigkeiten- und Strafverfahren hängt die Höhe der Geldbuße neben den festgestellten Mängeln, die den objektiven Tatbestand erfüllen, erheblich von subjektiven Mängeln wie Vorsatz, Häufigkeit der Verstöße, Erstmaligkeit der Verstöße, Einsichtsfähigkeit und weiteren Kriterien ab (vgl. hierzu auch Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284 (298f.)). Auch zwischen den einzelnen Behörden dürften erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Festsetzung eines Bußgelds bestehen.
- 47 Schließlich steht nach Auffassung des Gerichts trotz des Wortlauts von § 40 Abs. 1a LFGB den zuständigen Behörden bei der Veröffentlichung – entgegen der Annahme der Antragsgegnerin – ein Spielraum zu, der vorliegend von der Antragsgegnerin erkennbar nicht ausgeschöpft wurde. Dieser beruht auf der gesetzlichen Formulierung, wonach „in nicht unerheblichem Ausmaß“ (oder wiederholt) gegen Vorschriften verstoßen worden sein muss (§ 40 Abs. 1a Nr. 2

LFGB). Bei der Auslegung und Anwendung dieses Tatbestandsmerkmal ist beispielsweise auch die Beseitigung der festgestellten Verstöße zu berücksichtigen und mit dem Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher abzuwägen. Dies geht auch aus den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit zu § 40 Abs. 1a LFGB vom ... August 2012 hervor, wonach nach Ziffer 2.5 die Bewertung, ob ein nicht nur unerheblicher Verstoß vorliegt, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Betriebs bei der Kontrolle vorgenommen werden muss und bei mittelgradigen Mängeln zur Feststellung eines Verstoßes von nicht unerheblichem Ausmaß eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Eine eine Abwägung gebietende Auslegung von Art. 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB erscheint gerade im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Grundrechte der Lebens- und Futtermittelunternehmer, die von einer Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB betroffen werden, zwingend erforderlich (vgl. Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284 (306)), insbesondere auch um atypischen, vom Normzweck nicht erfassten Ausnahmefällen gerecht werden zu können. So erscheint es z. B. überlegenswert, ob ein Mangel noch als erheblich anzusehen ist, wenn er unverzüglich nach Feststellung beseitigt worden ist. Sofern kein Wiederholungsfall vorliegt, dürfte in einem solchen Fall, jedenfalls wenn der einmalige und sofort beseitigte Verstoß nicht ganz gravierend ist und keine Gesundheitsgefahr fortbesteht, das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Lebens- bzw. Futtermittelunternehmers gegenüber dem Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher schwer ins Gewicht fallen. In einem solchen Fall käme einer Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB tatsächlich überwiegend Strafcharakter mit einer erheblichen spezialpräventiven Komponente zu. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob dieser Zweck mit § 40 Abs. 1a LFGB verfolgt werden soll, zumal die Norm bereits an den hinreichend begründeten Verdacht eines Verstoßes anknüpft. Eine Sanktion des Verdachts eines Verstoßes scheint mit der Unschuldsvermutung kaum vereinbar zu sein.

- 48 In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass allein die Unsicherheit der Antragstellerin im Hinblick auf die Fortsetzung ihres Pachtverhältnisses und damit die Weiterführung ihres Gaststättenbetriebs aus Sicht der Kammer keinen atypischen Ausnahmefall zu begründen vermag. Denn solange die Antragstellerin eine Gaststätte betreibt, ist sie verpflichtet, in ihrem Betrieb die geltenden rechtlichen Vorgaben umsetzen, auch wenn sie den Betrieb möglicherweise bald einstellen wird.
- 49 Zudem hat das Gericht erhebliche Bedenken, ob § 40 Abs. 1a LFGB zu einer Veröffentlichung in der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Form ermächtigt. Die Zusammenfassung der von ihr im Rahmen der Betriebskontrolle vom ... Oktober 2012 festgestellten Gesetzesverstöße unter die ihr gewählten Oberbegriffe (z. B. Mängel bei der Instandhaltung der Betriebsräume) lässt viel Raum für Interpretation und stellt daher nur eine sehr pauschale Information der Öffentlichkeit dar. Ob derartige Formulierungen dem Ziel einer verbesserten Transparenz für den Verbraucher und einem „Mehr“ an Information der Öffentlichkeit (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 1) zur Ermöglichung eigenverantwortlicher Entscheidungen der Verbraucher am Markt (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 2) gerecht werden, erscheint sehr fraglich. Die Möglichkeit zu tatsächlich eigenverantwortlichen Entscheidungen setzt voraus, dass sie auf der Basis eines zutreffenden Sachverhalts erfolgen können. Die Darstellung tatsächlicher Gegebenheiten mittels Pauschalierungen birgt jedoch die Gefahr der Verfälschung des Sachverhalts.
- 50 Eine genaue Klärung der Auslegung von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB würde jedoch den Rahmen eines Eilverfahrens sprengen, so dass insoweit auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen ist.
- 51 In Anbetracht der offenen Fragen zu § 40 Abs. 1a LFGB ist dem Begehren der Antragstellerin stattzugeben; die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützten Veröffentlichung überwiegen bei Weitem das Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher. Der von der Antragsgegnerin angeführten Gesundheitsgefahr, die nach ihrer Einschätzung von unter den unhygienischen Bedingungen in der Gaststätte der Antragstellerin behandelten Lebensmitteln grundsätzlich ausgeht, kann, sofern sie noch besteht, wie nach der Rechtslage bis 1. September 2012 wirksam durch den Erlass entsprechender hygienerechtlicher Anordnungen über die Beseitigung derartiger Zustände begegnet werden. Die Antragsgegnerin bedarf hierzu nicht der Information der Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1a LFGB. Für die Umsetzung der hygienerechtlichen Anordnungen kann eine kurze Frist in Verbindung mit der Androhung von Zwangsmitteln gesetzt werden. Sofern dies nicht für ausreichend erachtet wird, kann auch eine Betriebsschließung bis zur Beseitigung der Mängel verfügt werden. § 40 Abs. 1a LFGB verdrängt die bestehenden Instrumente zur Durchsetzung lebensmittel- und hygienerechtlicher Anforderungen in keinsten Weise.



- 52 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
- 53 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes i. V. m. Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs.

© juris GmbH